

REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL ART. 129.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Angélica Díaz de la Rosa

Doctora en Derecho. Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

La Constitución Española impone a los poderes públicos la tarea de promover las distintas formas de participación en la empresa. Una de las técnicas de participación en la empresa la constituyen, precisamente, las sociedades cooperativas y, por este motivo, son objeto de respaldo constitucional. En el presente estudio se hace una reflexión acerca de la específica mención que la Constitución Española hace de las Sociedades Cooperativas y el significado de la misma.

Palabras clave: Constitución Española y Cooperativas – Participación en la empresa – trabajadores y medios de producción- Economía social – Cooperativas de trabajo asociado.

ABSTRACT:

The Spanish Constitution imposes on government the task of promoting various forms of participation in the enterprise. One of these techniques the enterprise's participation is precisely cooperative corporation and, consequently, is subjected constitutional backup. In this paper is a reflection on the specific mention that the Spanish Constitution makes the Cooperative Societies and the meaning of it.

Keywords: Spanish Constitution, forms of participation in the enterprise, Cooperative Societies

Reflexiones a propósito del art. 129.2 de la Constitución Española

Sumario: I. Introducción. II. El impulso cooperativo de origen constitucional. III. Trascendencia de la referencia constitucional a las sociedades cooperativas

I. INTRODUCCIÓN

Toda sociedad cooperativa se fundamenta en la idea de asociación voluntaria para la promoción colectiva de un fin común, con la particularidad de que en el desarrollo de la actividad promotora, los propios socios participan, ora como productores, ora como consumidores de los bienes y servicios proporcionados por la sociedad¹. La Sociedad Cooperativa constituye una asociación de personas que regulan de un modo determinado sus relaciones sociales, en orden a una mejor distribución de la riqueza y de formas más avanzadas de participación responsable y democrática², a la par que una forma especial de Empresa, en la que se identifican las figuras del empresario y del consumidor, o las del empresario y el trabajador, con resultados muy satisfactorios, desde la perspectiva económica y social³. Estamos ante una forma especial de organización empresarial que se manifiesta “*ad intra*”, y que no tiene reflejo “*ad extra*”, dado que cuando la cooperativa acude al mercado –aun cuando sólo sea para la realización de lo que el Tribunal Constitucional español⁴ define como “operaciones instrumentales” o “accesorias”– lo hace como cualquier otro operador económico⁵. Por este motivo, desde los inicios del fenómeno cooperativo, las normas que lo regulan han introducido *declaraciones referentes a los “principios” sobre los que se basan la constitución, organización y funcionamiento de tales entidades* ⁶.

Las sociedades cooperativas son entendidas como una fórmula de participación de los trabajadores en la empresa, como una técnica de conexión entre el capital y el trabajo, entre los medios de producción y los trabajadores, de tal modo que, los poderes inherentes a la titularidad de la empresa recaigan en aquellos sujetos que, al mismo tiempo, realizan prestación de servicios en el seno de la cooperativa, más concretamente en los socios cooperativos; y aunque, tal titularidad, sólo lo sea desde una perspectiva económica o

1 DIAZ DE LA ROSA, A; *El naviero cooperativo*, (Pamplona, 2010) p. 222 y ss

2 VERGÉZ SÁNCHEZ, M., *El derecho de las cooperativas y su reforma*, (Madrid, 1973) p. 18.

3 VERGÉZ SÁNCHEZ, M., *El derecho...*, cit., p. 63.

4 STC 72/19883, de 29 de Julio (BOE de 18 de Agosto de 1983).

5 PANIAGUA ZURERA, M. “*Mutualidad y Lucro en la Sociedad Cooperativa*”, () p. 328 y ss. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, T.I, (Madrid 1976) p. 97 y 106. SERRANO Y SOLDEVILLA, A.D., *La cooperativa como sociedad abierta*, (Sevilla, 1982) p. 23.

6 BORJABAD GONZALO, P. J., *Manual de Derecho Cooperativo general y catalán*, (Barcelona, 1993) p. 24.

sociológica, ya que no podemos obviar la personalidad jurídica de la cooperativa, ni el hecho de que ella es la titular de la empresa y no sus socios.

En este mismo sentido lo entienden, también, relevantes organismos internacionales, como lo muestra la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas N° 62/128 del 29-01-2008 sobre *“las cooperativas en el desarrollo social”* que llama a los Estados Miembros a crear un entorno propicio al desarrollo de las Cooperativas, al elaborar sus políticas públicas:

a) Aprovechando y desarrollando plenamente las posibilidades que tienen las cooperativas de contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo social, en particular la erradicación de la pobreza, la generación de empleo productivo y una mayor integración social.

a) Fomentando y facilitando el establecimiento y el desarrollo de las cooperativas, incluso adoptando medidas para que las personas que viven en la pobreza o pertenecen a grupos vulnerables, en particular las mujeres, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas de edad y las personas indígenas, puedan participar plenamente, de forma voluntaria, en las cooperativas y atender a sus necesidades de servicios sociales.

También hemos de recordar que la Resolución N° 193-OIT-2002 Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, en su capítulo 2 *“marco político y papel de los gobiernos”* dice que:

Una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y otras organizaciones sociales y no gubernamentales. Dentro de este contexto, los gobiernos deberían establecer una política y un marco jurídico favorables a las cooperativas y compatibles con su naturaleza y función, e inspirados en los valores y principios cooperativos que se enuncian en el párrafo 3, con miras a:

- Alentar el desarrollo de las cooperativas como empresas autónomas y autogestionadas, en especial en los ámbitos donde las cooperativas han de desempeñar un papel importante o donde ofrecen servicios que, de otra forma, no existirían.
- Las cooperativas deben beneficiarse de condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales que no sean menos favorables que las que se concedan a otras formas de empresa y de organización social. Los gobiernos deberían adoptar, cuando proceda, medidas apropiadas de apoyo a las actividades de las cooperativas que respondan a determinados objetivos de política social y pública, como la promoción del empleo o el desarrollo de actividades en beneficio de los grupos o regiones desfavorecidos. Estas medidas de apoyo podrían incluir, entre otras y en la medida de lo posible, ventajas fiscales, créditos, subvenciones, facilidades de acceso a programas de obras públicas y disposiciones especiales en materia de compras del sector público.

II. EL IMPULSO COOPERATIVO DE ORIGEN CONSTITUCIONAL

A lo largo de la Constitución Española se recogen una serie de ámbitos específicos de participación de los ciudadanos, como por ejemplo la “audiencia de los ciudadanos... en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten” (art. 105.a); las funciones de “asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas” en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de planificación económica (art. 131.2); o incluso la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (art. 125) o de la juventud “en el desarrollo político, social, económico y cultural” (art. 48). Todos ellos constituyen expresiones concretas de la extensión que el sistema participativo (instrumento de integración) adquiere en el modelo de sociedad democrática diseñado por la Constitución. Otra de estas fórmulas participativas la podemos ver en el art. 129.2 cuando dice que:

“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

El artículo 129 de la Constitución, consagra determinados principios socio-económicos que actúan como mandatos dirigidos a los poderes públicos, que por supuesto obligan a éstos, no sólo en el sentido de límite constitucional, esto es, la adopción de medidas o normas que no los contravengan -ya que devendrían inconstitucionales-, sino con un mandato de promoción. Ahora bien, el precepto en sí no tiene aplicabilidad inmediata en orden a la adquisición de eventuales derechos subjetivos por los ciudadanos, sino que es preciso su desarrollo normativo por parte de los poderes públicos.

Hecha esta precisión, y a la luz del precepto anteriormente transcrito, la primera cuestión que hemos de plantearnos es ¿Qué alcance tiene este mandato constitucional?. Para dar solución a esta interrogante debemos tener en cuenta la sistemática que sigue la propia Norma, esto es, el lugar que ocupa este artículo en sede constitucional. Pues bien, el art. 129.2 no se encuentra regulado, como -quizá- sería mas recomendable, entre los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, que constituyen verdaderos *principios generales del Derecho* a los efectos del Código civil español, de 1889, que los considera fuentes del Ordenamiento jurídico-positivo, entrando en juego de dos modos o en dos momentos o planos diferentes: en primer lugar, con carácter *subsidiario*, a falta de ley y de costumbre aplicable. Pero, en segundo término, de forma previa, como “*informadores*” del resto de las normas.

Así, los “Principios Rectores de la Política Social y Económica” constituyen verdaderas normas jurídicas, con un determinado papel normativo, aunque sea: bien subsidiario, bien informador. Y, por este motivo, este será el valor y el alcance de la serie de instrumentos tendentes a corregir los posibles desequilibrios que pudieran traer aparejados el sistema social y la economía de mercado, que los citados “*principios*” proporcionan a los Poderes Públicos del Estado español: el Tribunal Constitucional español es claro

a la hora de señalar que los “Principios Rectores de la Política Social y Económica” no confieren a los ciudadanos ningún derecho subjetivo dotado de virtualidad inmediata.

Mas, como ya anticipé, el art. 129 de la Constitución española no se encuentra entre los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, sino en una sede sistemática distinta y distante -el Título VII de la Constitución, bajo el epígrafe de “Economía y Hacienda”-, que sugiere que estamos ante una norma jurídica escrita, del máximo rango, que impone deberes institucionales, a los Poderes públicos del Estado español.

Así las cosas, el análisis del art. 129 ha de realizarse desde la óptica de la Constitución Económica “*in toto*”, es decir: desde la perspectiva del conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Así, podemos apreciar que la Constitución aborda el fenómeno cooperativista como una manifestación económica, concibiendo las cooperativas como actividad empresarial -que se mencionen en el art. 129 no significa que no deban integrarse en el art. 38 (Libertad de Empresa)- pero sin olvidar su carácter social: el favorecimiento de grupos sociales precisados de una mayor protección pública (como son, por ejemplo, los trabajadores), en aras a la consecución de una mayor igualdad y tutela frente a los desequilibrios que provoca el funcionamiento de la economía de mercado. Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que las sociedades cooperativas son las únicas sociedades de naturaleza mercantil⁷ que son expresamente mencionadas por nuestra Constitución, y lo hace, precisamente, para encomendar su promoción.

7 La naturaleza jurídica de las sociedades cooperativas es, todavía hoy, una cuestión muy controvertida en sede doctrinal y jurisprudencial. La única vez que el articulado del C de Com menciona las sociedades cooperativas lo hace para excluirlas del ámbito de lo mercantil, a no ser que cumplan dos condiciones alternativas que, equivocadamente se han interpretado, desde hace tiempo, como alusivas al ánimo de lucro: a) Realizar actos extraños a la mutualidad y b) Convertirse en sociedades a prima fija. En realidad tales exigencias deberían ponerse en conexión con la idea de empresa y, en este sentido cabe señalar, que aunque parezca otra cosa, el C. de Com español responde al criterio de la empresa como forma de determinar la mercantilidad. Bastaría leer las reflexiones contenidas en la E de M sobre la mercantilidad, o no, de las ventas hechas por artesanos e industriales para darse cuenta de que bajo la errónea, pero comprensible, referencia al ánimo de lucro, subyace la presencia de la empresa. Pero la empresa es una realidad económica, que trasladada al ámbito jurídico, plantea ciertos problemas porque la empresa no es un sujeto de derecho y, por tanto, no puede ser parte en las relaciones jurídico-mercantiles. Si embargo, al Derecho mercantil no le interesa tanto la empresa como sujeto, que no lo es, cuanto porque genera una serie de problemas socio-económicos vinculados a la solvencia, que sólo el Derecho Mercantil ha sabido afrontar. Cuando esto se traslada a las sociedades, que son ellas mismas organizaciones, pero personas jurídicas, la posibilidad de conectar empresa con sociedad se puede producir de dos maneras: O, bien, porque el objeto de la sociedad se lleva a cabo de forma racionalmente organizada para obtener una mejor satisfacción de los intereses de los socios; O bien, porque la propia estructura de la sociedad, con pluralidad de órganos especializados, división del trabajo entre ellos, llevanza de contabilidad, etc; en sí misma es adecuada para la actividad empresarial, pudiéndose afirmar directamente que la propia sociedad es una forma jurídica de la empresa. Pues bien, la Cooperativa reúne

El artículo 129.2 comienza diciéndonos que “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”, sin precisar ni la forma de participación, ni los sujetos que pueden llegar a participar en la empresa. No menciona expresamente la participación de los trabajadores, si no que habla de participación en un modo genérico que permite incluir -¿Por qué no?- la participación de los consumidores o usuarios, como sería el caso de las cooperativas de consumo o de las cooperativas de servicios o, incluso, la participación de otros sectores interesados, otros “*bystanders*”, que sin ser, propiamente, consumidores o trabajadores, se ven afectados por la actividad de la empresa; algo parecido a lo que sucede, p.e., con las cajas de ahorros, en cuyos órganos rectores intervienen, no sólo los depositantes y los trabajadores, sino -también- las entidades administrativas locales del área donde dichas entidades operan.

Desde la perspectiva estrictamente laboral -y, por consiguiente, no consumerista-, el Estatuto de los Trabajadores⁸ se ocupa de la participación *de los trabajadores* en la empresa en la que prestan sus servicios, y -así- recoge diversos mecanismos de participación. Así, el art. 4.1 g) proclama expresamente el derecho de los trabajadores a la participación en la empresa. Por su parte, los artículos 61 y ss del E. T., como pretendido desarrollo de este derecho, contienen las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación (derecho de representación colectiva). No podemos olvidar tampoco las previsiones contenidas en otras normas incluso de ámbito extralaboral como, por ejemplo, la Ley 22/2003 de de 9 de julio, Concursal otorga a los representantes de los trabajadores competencias para ser oídos respecto del cierre de instalaciones del concursado, en la propuesta de Convenio y en otras materias (artículos 44.4, 100.2, 149. 1.1 y 148.3)⁹.

ambas y, por eso, hemos de concluir que la sociedad cooperativa es un sociedad mercantil. Sobre esta cuestión, *vid in extenso*, DIAZ DE LA ROSA, A; *Sociedad cooperativa. Prestación de Trabajo y condición de socio*.

8 Real Decreto legislativo 1/1995 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

9 En este sentido han que mencionar la Ley 10/1997 de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria (inspirada a su vez en la Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre Comités de Empresa Europeos) que fue modificada parcialmente por la Ley 44/1999 de 29 de noviembre y el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, derogó el Capítulo I de su Título III. En el ámbito de las Administraciones Públicas lo dicho más arriba sobre la participación en la empresa por medio de los órganos de representación, se recoge en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas que prevé los Delegados de Personal, las Juntas de Personal, Mesas Negociadoras y el Consejo Superior de la Función Pública, como órgano superior colegiado de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En el ámbito de las Cortes Generales los artículos 31 y siguientes del Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989, contemplan la participación del personal de las Cortes Generales en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de la Junta de Personal y la Mesa Negociadora. Tampoco hay que olvidar lo dispuesto en la Ley orgánica 14/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (artículos

Sin embargo, este derecho de representación colectiva no supone una participación institucional en sentido propio, ya que no hay participación en los órganos de gobierno de la sociedad¹⁰; lo que hay es, simplemente, una “*representación y defensa de los derechos de los trabajadores en los lugares de trabajo a través de los órganos adecuados a tal fin*”¹¹. Así las cosas, no podemos confundir el término “representación” con el término “participación” de los trabajadores en la empresa. En este mismo sentido, sí que procede afirmar -bien por el contrario- que la legislación cooperativa –a diferencia de lo que sucede en la legislación laboral¹²- efectivamente contiene auténticas vías para hacer efectiva la *participación* de los trabajadores en la gestión y en la economía de la empresa. Prueba de esta participación en la administración de la Cooperativa la encontramos en el artículo 33.3 de la Ley 27/1999 de Cooperativas, que posibilita la participación de uno de los trabajadores en el Consejo Rector que es el órgano de gobierno de la sociedad cooperativa. Aunque, en principio, pueda parecer ridícula la participación de un solo miembro en representación de los trabajadores, no podemos perder de vista que el art. 33.3 establece que el número de miembros del Consejo Rector ha de ser como mínimo de tres y como máximo de quince. De tal modo que en los casos en los que el número de miembros sea de tres, la participación no es nada desdeñable.

Y, por lo que hace a la participación económica, como señala RIVERO LAMAS, “*la participación en los resultados económicos de la empresa también ha experimentado*

8 y siguientes) y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (artículos 33 y siguientes), que prevé las obligaciones de consulta del empresario a los trabajadores para adoptar determinadas medidas en la empresa y la participación de los trabajadores en las cuestiones de prevención de riesgos en el trabajo.

10 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, (Madrid, 2001), pág.537, quienes señalan como formas de participación de los trabajadores en la empresa la participación en beneficios, la participación en la propiedad (como por ejemplo sucedería en el caso de las Sociedades Laborales en las que la participación de los trabajadores se deriva de las acciones que se encuentran en su poder), o la participación en la gestión entre otras. Por su parte, RIVERO LAMAS, J., “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, REDT, N° 84 (Julio-Agosto 1997), pág.501 y ss, diferencia entre participación interna y participación externa. La primera hace referencia a la presencia de los trabajadores en un órgano de gobierno de la empresa constituida en forma social, ya sea en el propio consejo de administración o en un órgano de gestión diferente de carácter mixto. Por su parte, la participación externa hace referencia a los derechos de información, consulta o decisión y a las diversas formas de control que se atribuyen a un órgano colectivo que ostenta la representación del personal, o bien a las asociaciones sindicales. Este autor también realiza otras clasificaciones como la de participación con representación directa o indirecta, o la de participación según los distintos grados de intensidad funcional. Por lo que hace a las distintas clases de participación en el Derecho Cooperativo, vid VALDÉS DAL-RE, F., *Las cooperativas de producción* (Madrid, 1975) p. 229. FAJARDO GARCÍA, I. G. “Participación de los trabajadores en el régimen socioeconómico de la Cooperativa”, CIRIEC, N°7 (Julio-Septiembre, 1989), p.146 y 147.

11 PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho*, cit., p.143.

12 A salvo el Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública suscrito entre responsables de la empresa pública y la UGT el 16 de Enero de 1986.

*un nuevo impulso al compás de las demandas de mayor flexibilidad en la fijación de los salarios, arbitrándose para ello fórmulas que tienen un punto de arranque bien en la ley o en los convenios colectivos para vincular una parte de la retribución a los resultados de la empresa”*¹³. Pues bien, esto es lo que sucede con la posibilidad del complemento salarial del art. 58.5, que, si bien no puede ser inferior al establecido en la norma laboral, posee un importe -superando el límite señalado- en función del resultado económico de la sociedad¹⁴.

Todo lo expuesto anteriormente debe entenderse sin perjuicio de la participación a través de la información¹⁵, y demás derechos que les correspondan a los asalariados como consecuencia de la existencia de los Comités de empresa, en aquellas cooperativas en las que haya 50 o más trabajadores y se constituya el mismo.

El último inciso del art. 129.2 establece que:

“También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

Este acceso a la propiedad de los medios de producción ha de enmarcarse constitucionalmente con el respeto a los principios de "libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (art. 38) y al "el derecho a la propiedad privada y a la herencia" a que se refiere el artículo 33.1; es decir, nuestro modelo constitucional se ha construido sobre los pilares de la propiedad privada de los medios de producción¹⁶. Así pues, los mecanismos posibilitadores del acceso a los medios de la producción, han de desarrollarse dentro de este marco constitucional. En este sentido, las instituciones de economía social (cooperativas, sociedades laborales, etc.) constituyen auténticos mecanismos colectivizados de acceso a los medios de producción, respetuosos con el sistema socio-económico consagrado en nuestra constitución, que proporcionan ese acceso sin violentar las instituciones fundamentales del Derecho privado patrimonial: la Propiedad -el derecho al patrimonio- y la Libre Iniciativa económica. Es decir: que convierten a los trabajadores -modificando su condición original

13 RIVERO LAMAS, J., "Participación y representación de los trabajadores en la empresa", REDT, N°84 (Julio-Agosto, 1997), pág. 508.

14 Si bien, ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, (Madrid, 2006) p. 349, entienden que cuando se da la garantía de un salario mínimo convencional o legal no hay tal participación en beneficios sino simplemente un módulo de fijación. Estos beneficios pueden actuar como un incentivo o prima. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, (Madrid, 2006) p. 382 "la participación del trabajador en beneficios es, pues, salario tanto si constituye una parte o la totalidad de la retribución del trabajador.....el trabajador que participa en beneficios no se convierte sin más en socio...."

15 RIVERO LAMAS, J., "Participación y representación .." cit., p. 504, nos dice que la participación institucional puede examinarse desde una perspectiva institucional, atendiendo al grado o intensidad de la participación. Así habla de funciones de información, de Consulta y de codecisión -esta última como grado máximo-. Este derecho de información lo concebir como un grado elemental y débil de democratización de la empresa que trata de poner de hacer más transparente la actividad empresarial y su gestión.

16 Sin perjuicio de otras fórmulas de titularidad pública (art. 128.2).

de trabajadores, o directamente, sin pasar por esa primera situación- en socios de la misma sociedad, a la que podrían prestar sus servicios asalariados.

Dicho esto, queda una advertencia: no podemos olvidar la personalidad jurídica de las fórmulas societarias, esto es, no nos podemos olvidar que una vez que la cooperativa –o cualquier otro tipo societario de economía social- está válidamente constituida, adquiere personalidad jurídica diferente de la de sus socios y que la titular de los medios de producción es la cooperativa y no los socios individualmente considerados, los medios de producción, son propiedad de la cooperativa.

III. TRASCENDENCIA DE LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

El artículo 129.2, además de los mandatos de promoción de las diversas formas de participación en la empresa y de establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, contiene una referencia expresa a las sociedades cooperativas y no al resto de las instituciones de economía social.

Al marcado carácter social que tienen las sociedades cooperativas, que las hace, por sí mismas, merecedoras de protección constitucional, hay que añadir la posibilidad que nos ofrecen las cooperativas para dar efectividad a un gran número de derechos y principios constitucionales, que los poderes públicos difícilmente pueden garantizar en toda su extensión y plenitud. Sirvan de ejemplo, el derecho a una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE), mediante la creación de cooperativas de viviendas (Arts. 89 a 92 de la Ley General de Cooperativas -LGC- y 133 a 139 de la Ley de Sociedades Cooperativas de Andalucía -LSCA-); la defensa de los consumidores y usuarios (Art. 51 CE) a través de las cooperativas de consumidores y usuarios (Art. 88 LGC); facilitar la materialización y generalización del derecho a la educación (Art. 27 CE) mediante las cooperativas de enseñanza (Art. 103 LGC); el acceso de los trabajadores a los medios de producción (Art. 129 CE), así como facilitar el ejercicio del derecho al trabajo (Art. 35 CE) y la consecución del pleno empleo (Art. 40,1 CE), a través de las cooperativas de trabajo asociado (Arts. 80 a 87 LGC y 120 a 130 LSCA).

Ahora bien, esta mención especial a las cooperativas se hace para encargarle a los poderes públicos su fomento, pero no cualquier tipo de fomento, sino -precisa y adicionalmente (porque no excluye la protección deparada como forma de participación en la empresa)- mediante una legislación adecuada, textualmente: “*los poderes públicos (...) fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas*”. La cuestión es, pues, establecer el alcance de la expresión “fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. Más concretamente, trataremos de entender a que se refiere la Constitución Española al hablarnos de “mediante una legislación adecuada”.

En una primera aproximación al panorama legislativo español, en materia de cooperativas, pudiera parecer que ese mandato constitucional se plasma en el hecho de que

todos los territorios autonómicos -integrantes del Estado español- han de dotarse de sus propias normas de cooperativas, de modo tal que, nuestra legislación cooperativa aparece integrada por una ley estatal de cooperativas, y por las distintas leyes de cooperativas autonómicas vigentes en este momento. Viendo esta situación, un observador externo podría pensar que las Comunidades Autónomas presentan fuertes peculiaridades, o una idiosincrasia propia, que justificaría la preocupación constitucional por una regulación autonómica diferenciada de la regulación estatal. Pero, nada más lejos de la verdad: La regulación de la materia cooperativa por parte de las Comunidades Autónomas, plantea una cuestión previa y de especial relevancia que ha de ser abordada antes de entrar en otras consideraciones. Si partimos, como señalamos al comienzo de esta exposición, de la consideración de las sociedades cooperativas como fórmulas societaria de naturaleza mercantil, el paso siguiente ha de ser negar a las Comunidades autónomas la posibilidad de entrar a regular esta materia. El art. 149.1. establece que: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 6ª.-Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

El silogismo será:

Premisa mayor: Si la materia mercantil es competencia exclusiva del Estado.

Premisa menor: Si las sociedades cooperativas son sociedades mercantiles.

Conclusión: las sociedades cooperativas son competencia exclusiva del Estado.

Es más, la regulación de la cuestión cooperativa, por parte de las Comunidades Autónomas, no sólo deviene inconstitucional por infringir el precepto que acabamos de transcribir, sino que puede, incluso, afectar al principio constitucional de unidad de mercado al establecer soluciones jurídicas distintas par los mismos supuestos de hecho. ¿Cómo hemos llegado a esta situación?, son razones de oportunidad política las que siguen justificando este panorama legislativo difícilmente solucionable en la actualidad y que, en su día, se generó por una intensa presión política, por parte de los poderes públicos, tendente a incrementar al máximo el número de competencias autonómicas.

Nos movemos en una cuestión de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; esto es: en el marco constitucional del Tit. VIII “de la organización territorial del Estado”. Dentro de este título se encuentra el art. 149.3, que es uno de los que ha provocado mayores discordias y que presenta el riesgo congénito de ser objeto de abusos, por parte de movimientos nacionalistas que pervierten el Estado Autonómico, que es un modelo de concentración con descentralización, y no un modelo confederal. El mencionado artículo establece que las Competencias que:

“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

Sobre la base de este artículo se construyó, en gran medida, la argumentación que favoreció la regulación de las sociedades cooperativas por parte de las Comunidades Autónomas. De este modo, se expuso que, como -formalmente- la regulación de la materia cooperativa no era una competencia que hubiera sido expresamente atribuida al Estado, en exclusiva, la misma podría ser asumida por las Comunidades Autónomas, para su ejercicio exclusivo y -además- originario, y no de mero desarrollo. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión reconociendo la competencia de las Comunidades Autónomas señalando que “La Constitución no reserva de modo directo y expreso competencia alguna al Estado en materia de cooperativas y en consecuencia, de acuerdo con el art. 149.3 de la propia Norma, la Comunidad tiene las competencias que haya asumido en su Estatuto, correspondiendo al estado las no asumidas”¹⁷.

El argumento resulta absolutamente falaz y rechazable: sería tanto como decir que las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular las sociedades anónimas, limitadas, colectivas o comanditarias... porque la Constitución tampoco las atribuye expresamente al Estado. Claro que, como el art. 149, nº 1. 6º, atribuye al Estado, en exclusiva, la “*legislación mercantil*”, las citadas sociedades quedarían amparadas bajo esta rúbrica. Y, en buena lógica, *también* debieran estarlo las cooperativas... ¿O no? A partir de este punto, el problema se desplaza a la mercantilidad o no de las cooperativas.

Así; para culminar esta argumentación, se hizo preciso extirpar la materia cooperativa del ámbito de la legislación mercantil, porque ésta última aparece expresamente atribuida al Estado como competencia exclusiva. Mas, a este respecto, el Tribunal Constitucional español no se compromete en lo científico -aunque sí en lo político-, y eludiendo todo tipo de pronunciamiento sobre la naturaleza de las sociedades cooperativas, directamente reconoce a las Comunidades Autónomas la competencia normativa sobre esta materia.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional elude la cuestión porque le resulta políticamente incómoda, ya que entrar en ella sólo nos puede conducir a dos caminos y ambos llegan al mismo lugar, a saber: un camino será reconocer -como no pude ser de otra forma, si se realiza un análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica de las sociedades cooperativas- que las cooperativas son Sociedades y que, en la medida en que llevan a cabo una actividad constitutiva de empresa, son mercantiles; el otro camino será negarles la mercantilidad, lo que supone, necesariamente, reconocerles su civilidad (o es un sociedad mercantil o, si no, ha de ser una sociedad civil). Pero, lejos de servir esto para extraerlas de la competencia del Estado sobre la materia, antes bien reafirma esa competencia originaria, ya que -en cualquier caso- los dos senderos conducen al mismo lugar: la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6ª) y

17 Fundamento Jurídico I de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983. En esta misma sentencia el tribunal constitucional, en el párrafo final, antes del fallo hace una puntualización “Problema distinto, que no es el aquí planteado, es el de que si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa. En este caso sería de aplicación la legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con el art. 149.1.6,...”.

sobre la legislación *civil* (art. 149.1.8ª) y la exclusión de la competencia autonómica en estas materias.

En esta tesitura, hubiera sido preferible que existiese una norma básica de carácter estatal que recogiese las instituciones y principios básicos del cooperativismo, y que las Comunidades Autónomas sólo desarrollaran aquellas cuestiones que fuesen verdaderamente peculiares y que, sin afectar a la unidad de mercado, justificaran un desarrollo independiente. De esta manera se evitaría, no sólo la situación de confrontación con la Constitución, sino también la absurda duplicación, triplicación... de leyes autonómicas cooperativas, con contenidos -sustancial y, a veces, hasta formalmente- idénticos o muy parecidos.

Expuesto lo anterior, lo que queda claro es que fomentar mediante una legislación adecuada no es sinónimo de proliferación injustificada de normas autonómicas y que, por lo tanto, hemos de buscar otro significado para esta expresión.

De lo que se trata, cuando hablamos de fomentar mediante una legislación adecuada, es de promulgar normas jurídicas y aplicar políticas socioeconómicas que favorezcan el cooperativismo¹⁸. En este sentido, el Gobierno español -reconociendo la contribución de las instituciones de economía social en aras al desarrollo socio-económico, a la creación de empleo y a la recuperación de la confianza en los mercados- ha anunciado la aprobación de una Ley de Economía Social antes de que finalice el año 2010. La nueva Ley definirá un marco legal para la economía social, atendiendo a sus rasgos más característicos y acogiendo su diversidad. Así mismo, se fija como uno de los objetivos de la futura Ley la reducción de las trabas burocráticas de estas empresas.

Pero esto no es suficiente, resulta necesario que se promulguen normas y que se apliquen políticas que favorezcan específicamente el cooperativismo, y cuando digo “específicamente” quiero decir que se favorezcan frente a las demás fórmulas societarias. En este sentido quisiera hacer una reflexión, en clave de principios generales del Ordenamiento jurídico español: resulta que la Legislación laboral está inspirada por el principio “*pro operario*”, y existe todo un Derecho del Consumo que, a su vez, existe porque se reconoce el principio “*pro utenti*”, entonces: ¿Por qué no inducir, a partir de semejante base, un principio “*pro societate cooperativa*” o “*pro cooperatione*”, o bien “*pro operario ac pro utenti in cooperatione*”? Esto es algo que no se da en los otros tipos societarios mercantiles o civiles, por la sencilla razón de que no son tipos societarios de estructura mutualística; porque son tipos societarios en los que no existe -siquiera constitutivamente- coincidencia entre la condición de socio y de productor o de consumidor. Es algo que es privativo de sociedades como las cooperativas, las mutuas de seguros y mutualidades de previsión, las sociedades laborales y, acaso, alguna otra forma societaria mutualizante.

18 Sobre las medidas adoptadas por el Gobierno de España. Vid en la página Web del Ministerio de Trabajo e Inmigración el Balance del programa de fomento de la economía social, mayo 2008-noviembre 2009.

Y como estamos ante un principio exclusivo del cooperativismo; un principio que exige su promoción, y que no se da en otros sectores, entonces creo que cabe extraer dos conclusiones importantísimas y estrechamente interrelacionadas: en primer lugar, que es obvio que solamente las sociedades cooperativas y entidades similares podrían -y deberían- beneficiarse de las consecuencias de la aplicación de ese principio “pro cooperativa”, no las otras formas societarias.

Y, en segundo, que ese principio pro-cooperativo debería ser entendido, necesariamente, como algo así como un principio de “*empresa más favorecida*”, de forma que cualesquiera que fuesen las ayudas o medidas de fomento aplicables a las demás formas organizativas empresariales... las cooperativas siempre deberían ser objeto de un tratamiento más favorable. A decir verdad, esto es algo que podría latir en el mismísimo Título preliminar de la Constitución española, cuyo art. 9.2 dice que “[c]orresponde a los poderes públicos ... remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Y este principio no se respeta si se establecen medidas de fomento que benefician por igual al sector cooperativo y a otras formas de organización, toda vez que ese “igualitarismo” termina redundando en perjuicio de las cooperativas, que -al ser tratadas como iguales, cuando su condición es desigual- pierden la ventaja que institucional y constitucionalmente les depara el Ordenamiento jurídico.